



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato Anselmi

OA. - b

518

INTERPRETAZIONE

DELL'ARTICOLO 890

DEL

CODICE CIVILE ITALIANO

PER

GIUSEPPE BUNIVA

Professore di Codice Civile

e Preside della Facoltà di Giurisprudenza nella Regia Università degli Studi
di Torino



TORINO

TIPOGRAFIA ARNALDI

Via Sant'Agostino, N. 6

1873



PROPRIETÀ LETTERARIA

L'articolo 830 del Codice Civile Albertino è così concepito: *Qualunque disposizione testamentaria sarà senza effetto se quegli in favore del quale è stata fatta non sia sopravvissuto al testatore* (1). Di quali gravi inconvenienti sia stato origine quest'articolo niuno, che siasi anche solo un poco occupato dell'applicazione del medesimo, lo ha potuto ignorare. Colui che nel suo testamento nominava un erede o legatario era indubitatamente a ciò spinto dal desiderio di beneficarne la famiglia, e faceva certo assegnamento che, acquistati dalla persona onorata nel testamento l'eredità, il legato, avrebbero profittato non a lei sola ma alla sua discendenza che congiungeva nel suo concetto in un solo sentimento ed affetto. D'altra parte in quel punto la mente del testatore non si rivolgeva certamente all'eventualità dolorosa, che la persona chiamata alle sue sostanze gli precedesse: tanto meno poteva fermarsi il pensiero del testatore al principio di dritto (certamente giustissimo) che per poter succedere bisogna essere tra i vivi quando l'eredità si deferisce,

(1) Eguale disposizione contengono i Codici francese (art. 1039), Austriaco (art. 536, 726), Due Sicilie (art. 994, 998), Parmense (art. 751, 758), Estense (art. 803, 807).

tanto meno dopo la morte della persona onorata nel testamento era naturale alla grande maggioranza dei testatori, che non conoscono appuntino il Codice civile, il rifare il loro testamento per chiamare al beneficio dello stesso la prole di chi era stato l'oggetto delle larghezze del testatore.

Che ne accadeva? Che quei discendenti dell'erede o del legatario premorti, ai quali aveva in realtà voluto provvedere il testatore, o nulla percepivano o percepivano, quando ne avessero avuto il diritto, la sola legittima (1). Il che val quanto dire che veniva frustrata la buona intenzione d'un testatore verso una determinata famiglia, e che veniva deferita per cagioni affatto eventuali l'eredità del testatore in modo assolutamente disforme dalla intenzione dello stesso.

I compilatori del Codice civile italiano adopraronò sapientemente introducendo nell'articolo 890 la *rappresentazione* a favore dei discendenti dell'erede e del legatario come correttivo degli accennati gravissimi scontri. Non è forse la proprietà la pietra angolare della civile società, e di conseguenza non è di necessità che il legislatore positivo ne riconosca il massimo sviluppo e specialmente che tuteli nel modo il più efficace l'esercizio di quella preziosa facoltà che abbiamo dalla stessa natural legge di disporre dei nostri beni pel tempo in cui si avrà cessato di vivere? Non è forse vero che quando il portato di una di queste disposizioni è indubitato vuol essere per forza della legge pienamente riconosciuto ed eseguito? Qui ci riferiamo alle cose già dette quanto alla forza delle disposizioni d'un testatore le quali per la natura delle cose ed implicitamente si estendono ai discendenti della persona favorita nel testamento.

Il Legislatore fu dunque logico ed assennato quando pensò che il diritto di *rappresentazione* utilissimo nelle successioni intestate per mantenere i diritti successorii nella famiglia e conservare l'eguaglianza tra i successibili, veniva pure opportunis-

(1) PISANELLI. *Relazione sul progetto di Codice civile*, lib. III, pag. 24. — BUNIVA. *Delle successioni legittime e testamentarie*, pag. 106. — *Relazione senatoria* VACCA, pag. 11.

simo in un caso speciale di successione testamentaria, quello cioè d'un erede o legatario che ha discendenti allo scopo importantissimo di dare alla disposizione testamentaria tutta la sua efficacia.

Quindi non è a dire di quale sorpresa ci sia stato il leggere negli scritti di uomini dotti e molto nel dritto versati la critica di questa lodevolissima innovazione fatta ai Codici civili dei nostri tempi (1).

Per quanta attenzione abbiamo portata a quegli scritti null'altro vi abbiamo rinvenuto come critica alla grave innovazione che le seguenti idee: 1° Contraddizione del Legislatore, il quale mentre in un articolo condanna la prerogativa della linea (articolo 722 del Codice civile), la adotta nel caso dell'articolo 890, e preferisce i nipoti più lontani ai figli del *de cuius*; 2° Colla rappresentazione nelle successioni testamentarie (detto art. 890) si institui una nuova specie di sostituzione mentre in un altro articolo si sono in massima proibite; 3° In sostanza questa rappresentazione è basata sovra una volontà presunta del testatore, la quale non è mai ad ammettersi nelle successioni testamentarie; 4° La rappresentazione che nelle successioni intestate salva l'eguaglianza introdotta, nelle testamentarie la distrugge.

A queste ragioni, a nostro avviso, si può rispondere vittoriosamente.

In primo luogo non vi è contraddizione tra l'articolo 722 e l'articolo 890 *alinea*. Il primo nelle *successioni intestate* condanna la divisione per linee pel gravissimo motivo che non si concilia col criterio adottato dal legislatore nelle dette successioni, cioè colla presunta volontà dell'estinto. Per lo contrario nel caso di una vocazione per testamento, la prerogativa della linea dei discendenti della persona onorata nel testamento è pienamente conforme alla presunta volontà del testatore, il quale,

(1) DE PAOLA. *Della indegnità e dei diritti dei discendenti dell'indegno*, pag. 9 e seg., Catania, 1872. — FOCARACCI. *Introduzione sullo studio del Codice civile*, pag. 71, Cosenza, 1866. — NIUTTA. *Verbali della Commissione coordinatrice*, pag. 348. — Sostiene con ottime ragioni la tesi da noi propugnata il professore Fulci nella *Temi Zanclea*, 1872, n. 1.

come già notammo, nel suo testamento volle certamente giovare, non al solo chiamato, ma a' suoi discendenti.

In secondo luogo, egli è ben vero che due dei più distinti membri della Commissione coordinatrice (Precerutti e Vaccarone) battezzarono questa vocazione tacita dei discendenti una *sostituzione* (1). Se tale veramente sia ne dubitiamo assai, attese le parole adoperate dal legislatore, che sono simili ai testi del Codice relativi alla rappresentazione.

Del resto sia questo subingresso una rappresentazione od una sostituzione non monta: l'essenziale sta in ciò, che, come ben disse il senatore Pallieri, è reclamata da *un alto interesse di moralità, di giustizia e di equità* (2). Che poi le *sostituzioni* siano condannate dal Codice civile non è punto vero se non per i *fedecommessi* (articolo 899). La *sostituzione volgare* è prevista (articolo 895 e seguenti del Codice civile). In ogni caso, a questa, che è il portato delle parole del testatore, il legislatore ne aggiunse una novella, la quale riposa sovra una certissima interpretazione dell'intenzione del disponente. Di tal guisa la legge non è disforme, ma uniforme in ambi i casi ai suoi fondamentali principii.

In terzo luogo: Che le volontà presunte non debbano mai ammettersi nelle successioni testamentarie lo si nega recisamente nel senso che il legislatore può dare norme interpretative della volontà espressa dal testatore. Ad ogni piè sospinto si osserva nelle migliori legislazioni che di questo potere si valsero i legislatori fissando il senso delle parole di cui si serve il testatore, e determinando la portata delle disposizioni da lui fatte, il che è di un'utilità pratica non stata mai contestata.

D'altra parte non ne viene per nulla vincolata la libertà del disponente, perocchè se egli veramente intende limitare la sua liberalità al nominato nel suo testamento, è in pienissima libertà (articolo 890 *alinea*) di ciò ordinare espressamente. Se non si vale di questa facoltà eccezionale è codesto un segno evidente che il suo pensiero concorda con quello del legislatore.

(1) *Verbali*, pag. 349.

(2) *Id.* pag. 348.

In quarto luogo non neghiamo che la rappresentazione testamentaria non salva l'eguaglianza tra i parenti successibili *ab intestato*, ma diciamo che questa è una conseguenza del dritto di testare, mercè il quale, purchè sia rispettata la ragione dei *legittimari*, il proprietario dispone a talento de' suoi beni. Se intende preferire tra gli eredi che avrebbe dalla legge uno d'essi o un estraneo, lo stabilire questa *ineguaglianza* è un suo diritto. Quando poi lo ha esercitato, ragion voleva che non solo l'erede o il legatario di scelta, ma anche i suoi discendenti profittar ne dovessero.

La teoria della *rappresentazione testamentaria* è lodata da uno dei nostri più eminenti giureconsulti, la cui antica e sincera amicizia ci è ben preziosa, il Pescatore (1), che onorò, come professore, il nostro Ateneo, e che ora onora la Corte di cassazione di Torino, ma ne limita, a nostro avviso, di soverchio l'applicazione.

Ecco, se non erriamo, i ragionamenti dell'illustre giureconsulto:

Per regola generale non vi ha rappresentazione nelle successioni testamentarie: *Il diritto certo dell'ordine della successione legittima non vuol essere spento nè alterato per semplici conghietture*; si permette bensì ai morenti di derogare alla legge, ma solamente per una disposizione certa contraria, e ciò nel caso non si avvera che per l'erede o per il legatario *chiamato*. Quanto ai suoi discendenti, *se la pia conghiettura che li favorisce si trovi negli effetti concorde coll'ordine stesso nella successione ab intestato*, il diritto di rappresentazione debbe applicarsi anche alla successione testamentaria, negli altri casi no.

Quindi accenna il Pescatore due casi, nei quali, solamente, a suo avviso, si applica l'articolo 890. Il *primo* è del padre di famiglia, il quale per testamento nomina eredi eguali *tutti i suoi figli*, ed uno di essi gli premuore lasciando prole. Questa conseguirà la porzione del genitore. Il *secondo* è del fratello che non avendo discendenti nè ascendenti chiama a suoi eredi

(1) *Giornale delle Leggi*, 1873, n° 1.

eguali *tutti i suoi fratelli*, ed, uno di essi premorendo, ne ammette la prole a rappresentarlo. La risoluzione è giusta, ma non sono tali i motivi su cui la si appoggia. Procurerò di dimostrarlo appoggiandomi a certi principii generali ed a quelli speciali su cui riposa l'articolo 890.

Il Pescatore apertamente sostiene che questa testamentaria rappresentazione non ha luogo se non quando, come nei due casi proposti, abbiamo *una piena concorrenza d'effetti, una perfetta armonia di vocazioni* colla legge che governa l'eredità intestata. Non ci sembra accettabile questa proposta del dotto autore e la crediamo originata dall'inammessibile prevalenza della successione intestata sulla testamentaria, prevalenza che scorgesi apertamente nelle idee del Pescatore.

Leggiamo nel citato articolo qualificato come *dritto certo* la successione intestata, ed indicata la testamentaria come una facoltà eccezionale di far tacere questo *diritto certo* per mezzo di espressa vocazione, e nulla più. *Recta via* da questo falso presupposto si deduce la risoluzione della questione quale l'abbiamo accennata.

A nostro avviso le successioni per testamento altro non sono che un esplicamento della ragione di proprietà. Questa, come base e fondamento della Società civile, come diritto primitivo è affermata nella sua massima ampiezza dal legislatore positivo, e piglia svariatissime forme. Specialmente poi quando il padre di famiglia pensa al tempo della sua morte e lascia i suoi beni nel modo che gli pare più conveniente, fa una disposizione delle sue sostanze sotto la doppia condizione che potrà revocarla pendente la sua vita, e che l'effetto rimane differito al suo decesso, la quale è perfettamente consona all'assoluta ragione del dominio.

Sotto questo rapporto l'eredità testamentaria prevale alla legittima. Ad essa non si ricorre che in supplemento del *mancante atto del proprietario*, ed allora per ragioni gravissime il legislatore assume le parti del proprietario, si guida secondo il suo presunto affetto e fa per lui il testamento (1).

(1) BUNIVA. *Delle Successioni*, pag. 3 e seguenti.

Se tale è la condizione delle cose come sostenere la prevalenza della successione intestata sulla testamentaria, e nella quistione speciale come ragionevolmente sostenere che la rappresentazione dell'art. 890 non avrà luogo salvo quando cammina d'accordo col dritto *certo* della intestata successione? Come, in altri termini, potere sostenere che si applicherà se è il caso di rappresentazione *ab intestato* non si applicherà se non ne è il caso?

L'interprete non può introdurre veruna distinzione ad una legge chiara, ampia e comprensiva di tutti i casi ai quali volle provvedere il legislatore.

L'art. 890 è legge di tale natura. Non vi è parola che non accenni ad una legge generica fatta per tutti i casi possibili in cui la persona onorata nel testamento premuoria ai suoi discendenti. *Ne verbum quidem* relativo alla distinzione escogitata dal Pescatore.

Ed il concetto della legge è ampio quanto ne sono le parole. Il legislatore pensò (e pensò rettamente) che il testatore nel suo divisamento di liberalità in uno congiunse e chi nominò e i suoi discendenti.

Il Pescatore suppone un altro caso. Tizio non lascia nè discendenti nè ascendenti e nomina erede un solo dei tre suoi fratelli. Questi premuore. Il dotto autore dice, che, caduta l'*istituzione* di quell'*unico fratello* per l'*avvenuto predecesso* di lui, la successione si deferirà *ab intestato* per eguali porzioni a tutti i fratelli e alla stirpe del predefunto rendendosi *caduco il testamento* giusta la regola generale.

Non comprendiamo come si possa dire *caduco il testamento*, caduta quella *istituzione* a fronte d'una legge, la quale non solo ritiene efficace il testamento, ma estende senza distinzione di casi ai discendenti la istituzione appunto nell'ipotesi del predecesso dell'erede.

Il chiaro autore viene in quella sentenza sostanzialmente perchè se si trattasse di eredità intestata il diritto alla detta successione spetterebbe a tutti i fratelli in eguali parti. Tornano qui opportuni gli antecedenti riflessi: che cioè non versiamo più in tema di successione intestata ma di successione testamentaria,

che il testatore, il quale ne avea la facoltà, sottrasse la parte di cui dispose ad ogni e qualunque diritto successorio dei parenti per gratificarne un solo: che quindi è fuori luogo il volere invocare le norme delle successioni intestate. — Secondo la legge anteriore il lascito dovea giovare al solo *nominato*; secondo il giusto avvedimento del legislatore il lascito ora opera anche pei suoi discendenti nel caso del suo predecesso per le gravi cagioni delle quali già tenemmo discorso, e ciò senza distinzione di casi che non è nè nella lettera nè nello spirito della legge.

Se non che il Pescatore trae la forza della sua argomentazione dall'alinea dell'articolo dove leggiamo: *I discendenti però dell'erede o del legatario premorto od incapace sottentrano nell'eredità o nel legato nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione se si trattasse della successione intestata*, e così ragiona: Siccome nella specie *proposta* la rappresentazione nella successione intestata gioverebbe a tutti i discendenti dei vari fratelli, non ad un solo, così debbonsi ammettere bensì i discendenti del premorto a rappresentarlo nella sua stirpe, ma in concorso cogli altri fratelli dell'estinto.

Noi pensiamo che con questo ragionamento l'illustre Pescatore abbia dato un'estensione alle riferite parole del Codice civile che veramente non era nel pensiero del legislatore.

Ciò che si volle decidere non è altro fuorchè questo, che cioè il nuovo precetto legislativo non si volle applicare che alle istituzioni e legati che riguardino prossimi parenti e non a quelle fatte per uno straniero (1). Quali sono i parenti che si vollero di tal guisa favorire? I discendenti diretti del testatore e i discendenti di fratelli e sorelle (2). E siccome sono appunto i soli ai quali le regole generali del Codice assicurano il dritto di rappresentazione, così tutti si compresero con una formola complessiva riferita nell'articolo. Parlò dunque in genere il

(1) La regola dell'alinea dell'articolo 890 è così equa e giusta che avrebbe, a nostro credere, dovuto estendersi alle istituzioni e legati fatti anche ad un estraneo.

(2) Articoli 730, 731 Codice civile.

legislatore e volle che la rappresentazione testamentaria giovasse a tutti i compresi nei due ordini suddetti.

Che poi abbia ordinato che questo beneficio cessasse quando, supposta l'ipotesi del concorso di più stirpi in una successione intestata, i discendenti dell'instituito non rappresentassero che una stirpe, non lo disse certamente il legislatore.

Che cosa leggiamo nella Relazione del ministro professore Pisanelli? « Il progetto, ad esempio, dei vigenti Codici riconosce
« quale regola la rappresentazione nella linea collaterale dei fratelli del defunto e loro discendenti ammettendola senza limitazione come nella linea retta discendente. Ragione voleva
« pertanto che applicando lo stesso principio della presunta volontà del testatore che governa la successione legittima, i figli o discendenti di fratello si intendessero chiamati all'eredità od al legato in luogo dell'instituito » (1).

Queste parole non potrebbero essere più chiare per spiegare che la rappresentazione di cui ragioniamo non può avere le limitazioni suggerite dal Pescatore.

Vi ha di più. Un solo caso accenna il Pisanelli in cui cessa la regola generale con queste parole: *Questa rappresentazione eccezionale nelle successioni testamentarie cessa quando il testatore abbia espresso una volontà contraria* (2), o quando tale volontà risulti dalla natura intrinseca della disposizione stessa. Dunque in tutti gli altri senza distinzione di sorta si dovrà far luogo alla testamentaria rappresentazione.

Ma soggiunge il Pescatore: *Vocazione di una sola stirpe e dritto di rappresentazione è una contraddizione*; ciò è verissimo se si trattasse della rappresentazione nell'eredità intestata. Ma quella di cui si ragiona è eccezionale, è un istituto nuovo ed ha questa singolarità che mira appunto a chiamare una sola stirpe acciò nella sua pienezza valga la disposizione testamentaria.

Del resto per indurre la limitazione all'articolo 890 che noi combattiamo occorrerebbe dimostrare che essa consuona colla presunta volontà del testatore, sola e vera base dell'articolo.

(1) *Relazione*, pag. 25.

(2) *Relazione*, pag. 25.

Or bene come si potrà dire che esso voglia si risuscitino le regole della successione intestata a favore, per esempio, di quei fratelli che per testamento spogliò di tutto, e ciò unicamente perchè se non si fosse fatto il testamento la eredità sua si dividerebbe in tante stirpi delle quali i discendenti del premorto fratello ne rappresenterebbero una sola? Perchè supporre un cambiamento di volontà nel testatore quando rimpetto ai discendenti del suo fratello esclusivamente beneficato le circostanze non sono mutate? Se le disposizioni dell'animo suo si fossero cangiate, avrebbe un'altra volta testato come gliene apre la via la legge stessa.

Nè vale il dire che *il testamento non deve peggiorare la condizione di nessuno*, perocchè al riguardo sono precisamente contrarie le regole del dritto, essendo indubitato che il testatore può *peggiore* la condizione di quei parenti che *ab intestato* gli succederebbero, e che egli non onora nel suo testamento, ed è risaputo che, quando sono rispettati i dritti dei legittimari, il proprietario non è tenuto a fare verun lascito agli altri parenti la cui condizione è *peggiorata* bensì ma in modo pienamente legale da quella in cui sarebbero i congiunti se l'eredità loro si trasmettesse *ab intestato*.

Sostanzialmente se si ammettesse la teoria che combattiamo non si raggiungerebbe in molti casi il fine che si propose il legislatore, di rendere cioè efficaci le disposizioni fatte dal testatore pel caso in cui premuore la persona chiamata nel testamento.

Noi abbiamo attentamente lette le *relazioni ministeriali e parlamentari*, e diciamo schiettamente nulla avervi incontrato che suffraghi l'opinione dell'illustre giureconsulto, che abbiamo impugnata nell'intendimento solo che dal cozzare delle opinioni e dalla libera e schietta polemica sorga limpida e chiara la verità.

Crediamo conveniente il dar termine a questo scritto riferendo una quistione transitoria sull'articolo del quale sin qui abbiamo discorso.

Avanti la Corte d'Appello di Casale si sollevò il dubbio se l'articolo 890 del novello Codice italiano dovesse applicarsi ai

testamenti conditi prima del 1866, epoca in cui andò in vigore il Codice civile italiano, tuttavolta che il testatore fosse deceduto dopo il 1° gennaio del detto anno, ovvero se si dovesse in tale caso applicare il Codice civile Albertino, il quale non ammetteva la rappresentazione testamentaria dei discendenti.

Per questa seconda opinione si allegò che il tema essenzialmente è d'interpretazione della volontà del testatore, se cioè abbia o no voluto comprendere nel lascito da lui ordinato i discendenti dell'erede o del legatario: conseguentemente che debbesi credere che il testatore siasi in ciò riferito al Codice Albertino, il quale era in vigore al momento in cui testò, non mai un Codice posteriore al quale dal testatore non poteva certamente prevedersi.

Non ci pare che la quistione posta nei detti termini lo fosse esattamente. Il punto a decidersi stava unicamente nel sapere se l'articolo 890 del novello Codice colpisse i testamenti fatti anteriormente, posto però che il testatore si fosse estinto sotto la legge nuova. Al riguardo non fu mai dubbia la dottrina: quando si tratta di leggi novelle riguardanti le disposizioni date dal testatore sovra di esse impera la nuova legge per la sostanziale ragione che il testamento non ha veruna forza giuridica prima del decesso del testatore, è adunque in questa parte un *atto pendente non passato* sul quale la legge può esplicare la sua forza. L'articolo 890 regola le disposizioni del testamento nel caso ivi contemplato. Gli si deve perciò applicare la regola sovr'accennata.

Nè di tal guisa si fa la menoma violenza alla volontà del testatore attesa la piena libertà che l'articolo lascia al testatore di far tacere la regola interpretativa contenuta nell'articolo, ove mai esso ripugnasse a favorire i discendenti della persona onorata nel testamento.

Questo sistema trionfò avanti la Corte di cassazione di Torino nella sentenza che qui riferiamo nella causa Belluschi contro Mazzini, togliendola dalla *Giurisprudenza* (1), compresa la nota dell'egregio signor avvocato Piccinini.

(1) Anno 1872, n° 41.

« *Sull'ultimo mezzo*: Attesochè in generale gli effetti delle disposizioni testamentarie sono regolati dalla legge vigente al tempo in cui le medesime sono destinate a produrre il loro effetto, vale a dire, al tempo in cui si apre la successione;

« Che l'art. 890 del Codice civile pareggia negli effetti le vocazioni testamentarie alle vocazioni legittime in quanto al diritto di rappresentazione;

« Che gli autori di detto articolo dichiararono unanimi di abrogare l'antica norma, siccome contraria alla presunta intenzione dei testatori e al sentimento popolare, sempre ripugnante alla caducità legale, onde rimanevano delusi i rappresentanti, dei quali essi testatori non mettevano in dubbio il diritto;

« Che adunque nulla rileva che al tempo del condito testamento fosse ancora in vigore l'antica norma, cui la nuova legge dichiara interprete fallace di volontà, e ne vuole certamente eliminata l'applicazione dovunque non abbia ancora prodotto irrevocabilmente il suo effetto in successioni anteriormente aperte;

« Che se l'effetto voluto dalla nuova legge non piaceva al testatore ancora vissuto per un biennio, doveva dichiararlo con aperta disposizione in contrario, siccome la stessa nuova legge nel diffidava;

« Che le conghietture tratte dal testamento anteriore non equivalgono a quella disposizione in senso contrario, che richiede la legge, siccome ritennero i giudici del merito con estimazione di fatto non soggetta ad ulteriore esame in sede di cassazione.

« Per questi motivi, rigetta la domanda dei ricorrenti, diretta ad ottenere l'annullamento della sentenza profferita dalla Corte di appello sedente in Casale nel giorno 4 luglio 1870, ecc. » (1).

« D'AGLIANO, ff. di Pres. — PESCATORE, Rel. »

(1) L'elegio avvocato signor Piccinini ci trasmise la seguente nota:

Non v'ha dubbio che se il Legislatore statuisce circa la potestà del testatore, limitando, ad esempio, la porzione disponibile, la nuova legge si applica anche ai testamenti già conditi, se il testatore sia deceduto dopo la nuova legge. Ma se il Legislatore con ordinamenti diversi dagli antichi statuisce circa la volontà del testatore, interpretandola o supplendola, introducendo, ad esempio, la rappresentazione nelle successioni testamentarie,

ammettendo od escludendo il diritto d'accrescere, si applicherà la legge del tempo del testamento o quella del tempo del decesso del testatore?

In questi casi non è tanto chiaro che si debba applicare la legge nuova, come lo è nel caso di legge che regola la potestà del testatore. Quando la legge statuisce circa la potestà del testatore non si cura della di lui volontà; quando statuisce circa la volontà del testatore, interpretandola o supplendola, asseconda la stessa volontà; e per ciò si può dubitare se il Legislatore abbia voluto rispettarla quale si manifesta, interpretata colla legge antica, od assoggettarla alle regole della legge nuova, obbligando a rifare il testamento quei testatori che non avessero volontà conforme alla nuova legge, ed a morire con testamento non conforme alle loro intenzioni quei testatori, ai quali non piacesse la legge nuova e che non avessero tempo di rifare il testamento od avessero perduta la capacità di testare.

Il Codice austriaco (§ 8) ha risoluto il dubbio stabilendo che la legge nuova non si applicasse ai testamenti già fatti, quand'anche i testatori avessero tempo e capacità per rifarli (Patente di pubblicazione, 4° giugno 1811).

Le Regie Costituzioni sarde risolvettero parimente questo dubbio estendendo la nuova legge interpretativa di volontà anche ai testamenti già conditi, ma però a quelli solamente dei testatori che *sieno in istato di poterli nuovamente rifare* (Lib. V, tit. I, § 28).

Il nostro Codice tace lasciando ai giudici di decidere la questione secondo i principii generali di diritto. E la Corte suprema decide che la nuova legge si applica anche ai testamenti già conditi, purchè l'apertura della successione abbia avuto luogo imperante la nuova legge.

A noi pare evidente che questa è la soluzione conforme ai principii del diritto.

La legge nuova governa tutti gli atti pendenti; il testamento non può avere effetto se non colla morte del testatore; dunque è governato dalla legge sopravvenuta mentre viveva il testatore.

E un errore il dire che il testatore abbia conformata la sua volontà alla antica legge e non alla nuova, e debbasi perciò credere che il legislatore, il quale vuole rispettare la volontà dei testatori, abbia inteso di non applicare la nuova legge ai testamenti già fatti. Il testatore non vuole se non quanto sta espresso nel testamento; se la legge antica interpretava in un dato modo il testamento o lo suppliva, non si può dire che il fatto della legge sia fatto del testatore. Certamente che se il testatore, dopo avere fatta una disposizione, dicesse intendere che sia interpretata o supplita colla legge del tempo del testamento, la legge nuova non si potrebbe applicare; poichè le leggi di questa natura, appunto perchè servono alla volontà del testatore, non hanno applicazione quando consti della volontà contraria del testatore (art. 890, 896 Cod. civ.). Ma se il testatore si limita a fare la sua disposizione, esso non vuole se non ciò che ha disposto: la parte interpretativa o suppletiva della legge non è fatto o volontà del testatore.

È vero che la legge presume che i testatori vogliano uniformare le loro disposizioni alla legge; ma questa volontà presunta dalla legge non è una

volontà di fatto del testatore: è una volontà della legge, che la legge stessa presume propria del testatore. E la legge deve e vuole rispettare unicamente la volontà che sia di fatto propria del testatore, non quella che la legge stessa aveva per presunzione attribuita al testatore.

I sostenitori della dottrina contraria cadono in questo paralogismo: dicono che la legge presume volere i testatori conformare le loro disposizioni alla legge; poi considerano questa volontà presunta come volontà di fatto dei testatori. No, è una volontà presunta dalla legge; e la legge può far cessare tale presunzione e sostituirla altra diversa, senza offendere la volontà propria del testatore.

Il paralogismo sovra notato trovasi esposto come dottrina di buona lega nel *Giornale delle Leggi*, 1872, n° 38.

Ivi l'esimio avvocato Gallo, supposto che il testatore abbia nominati eredi due suoi fratelli, e che l'uno sia premorto al testatore prima del 1866, lasciando discendenti, sostiene che il fratello superstite debba per diritto d'accrescimento conseguire l'intera eredità e non possa applicarsi il subingresso dell'articolo 890 del Codice civile a favore dei discendenti del fratello premorto. Esso ragiona in questo modo:

Il diritto d'accrescimento è sancito dalla legge per secondare la presunta volontà del testatore; il testamento si interpreta colla legge del tempo, in cui fu fatto; dunque deve aver luogo il diritto d'accrescimento sancito dall'articolo 865 del Codice Albertino e non il subingresso stabilito dall'articolo 890 del Codice vigente, perchè il testatore *volle* il diritto d'accrescimento della legge del tempo del testamento e non il subingresso della legge del tempo del decesso.

L'equivoco è palese: si dice che il diritto d'accrescimento è sancito dalla legge per servire alla *presunta* volontà del testatore; poi quella volontà del testatore, che si disse *presunta*, la si scambia in una volontà di fatto, propria, dispositiva, e si afferma che il testatore *volle* il diritto di accrescimento.

Il diritto d'accrescimento sarà, se si vuole, conforme alla presunta volontà del testatore, ma è una istituzione della legge; proviene principalmente dalla legge e non dalla volontà del testatore: « Illa autem tacita voluntas, si qua est, non dicitur dispositiva, sed permissiva..... id, quod per ius accrescendi acquiritur, ex dispositione legis acquiritur, non autem ex dispositione testatoris, adeo ut titulo legis, non hominis intelligitur » (MANTICA, *Coniect.*, lib. 4, tit. 12, n. 11); o come dice il BELLONO (*De iure accrescendi*, cap. 2, q. 2, n. 38): « Cum voluntas (testatoris) non in dando consistat, sed in non adimendo, consequens est ut non possit aliquo modo dici dispositiva. »

Quella legge che una volta suppose che il testatore volesse il diritto di accrescere, ha potuto di poi, senza offendere la volontà propria del testatore, supporre che il testatore volesse di preferenza il subingresso dell'articolo 890 del vigente Codice; poichè tanto l'antica quanto la nuova supposizione è fatto e volontà della legge e non del testatore.



115609



